

التشريع الاسلامي في القرن الرابع عشر الهجري

(دراسة ونقد)

بقلم الدكتور عبد الرهاب ابراهيم

لقد شهدت الانسانية خلال هذا القرن تطورا ماديا سريعا لا عهد لها به وأنجزت في المجال العلمي والمادى ما لم يحل بخلد أو يطرأ على بال ولم يكن مد التطور قاصرا على هذه المجالات فحسب بل كان شاملا تراث الأمم ومبادئها واعادة تقويمها في صورة مذهلة تكاد لا تصدق .

وان الأمة الإسلامية عضواً في الأسرة الإنسانية تعيش هذا القرن بتراتها المقدس ومبادئها السامية - وقد تعرضت لمثل ما تعرضت له الأمم في تراثها ومبادئها - جديرة بالدراسة والتحليل تفاعلا وتجاوبا أو رفضا وتمسكا .

وكثيرا ما ينعى الغربيون تخلف الأمم الاسلامية وهذه حقيقة لانكران ولا جدال فيها ولكنهم يعزون هذا التخلف إلى تمسك الأمة الاسلامية بشريعتها وقانونها السماوي وعدم استعدادهم للتفريط فيه . يحلو لهم الحديث عن هذا في كل مناسبة خاصة أو عامة يناقشون فيها ويجادلون عنها وربما صدق هذا البعض من المسلمين والمتعلمون منهم خاصة الذين ليس عندهم تطلع إلى البحث أو صبر على الدرس لمعرفة الحقيقة فيبدو لهم أن الأمة الاسلامية لازالت جامدة على تراثها ولا تزال تردد ضرب زيد عمرواً وتتحدث عن نواقض الوضوء ولا شيء غير ذلك . غير أن جمع ما يمكن جمعه من حقائق وابرازه في صورة مصغرة كفيلا أن يسكت أولئك ويقنع هؤلاء بأن التغيير والتطور كان عاما وشاملا في كل جانب من حياتنا وتراثنا وما استبقى ولا التشريع الاسلامي دراسة وتطبيقاً في حياة المسلم الحديثة .

استظلت الأمم الاسلامية بظل الشريعة الاسلامية أربعة عشر قرناً ، اعتنقتها مبدأ وطبقتها منهجا فأتسعت آفاقها وتطورت مذاهبها . وكانت حتى عام ١٨٣٩

هى القانون الوحيد الذى يحتكم اليه فى البلاد الاسلامية سواء فى القضايا الشخصية أو المعاملات والمضاربات المالية أو العقوبات والاحوال الجنائية . وكان موقف المسلمين عامة من أحكامها موقف التقديس والتسليم متحققين بقول الله تعالى :
(فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) (١)

وكان الفقهاء فى أكثر إلاحيان هم المديرون والمدبرون لشؤون الأمة الدينية والمدنية والعسكرية ولا تصدر الأمور عن سدة الخلافة أو دور الحكم الا بمشاركتهم ومشورتهم اذ كان الفقه كما يعنى فهم المسألة والدليل فانه يعنى الفهم والاحاطة بالمجتمع والحياة ومسالكها وأبعادها . فهياً أربابه لأن يتسمنوا أعلا المناصب فى الدولة الاسلامية اذ كان منهم الوزراء ورؤساء الدواوين والقادة والقضاة .

وكان عام ١٨٣٩ هو العام الفاصل الذى انخرط فيه اتجاه التاريخ حين تبنت الدولة العثمانية قوانين جديدة مستوردة من البلاد الغربية . ومنذ ذلك الحين بدأ الصراع بين التشريع الاسلامي وبين القوانين الوضعية وأصبح القضاء فى البلاد الاسلامية متجاذبا بين هذين الطرفين .

تجلى هذا إبتداء فيما تبنته الخلافة العثمانية من القانون التجارى الفرنسى عام ١٨٥٠ ويختلف الدارسون فى تعليل هذا الاقدام من العثمانيين إلى مذاهب .

فبعضهم يرى أنه كان نتيجة ازدياد النشاط التجارى بين الخلافة العثمانية والدول الأوروبية . ورغبة العثمانيين فى تسهيل التعامل مع أوروبا والقضاء على المشاكل المتنازع فيها بين رعايا الدولة العثمانية والاجانب من الأوروبيين . (٢)

ويذهب البعض مذهباً آخر إلى أن احساس الخلافة العثمانية أن الأخذ بالشرعية الاسلامية فى المعاملات التجارية والمضاربات المالية يقيد حريتها فى التعامل نظراً للاشتراطات القاسية التى تفرضها لصحة العقود وحظرها الانواع والمضاربات المالية مما لا يرى الأوروبيون حرجاً فى التعامل بها فارتأت أن اقتباس وتبنى قانون الدول التى تتعامل معها سيحقق لها جانب التكافؤ والتوازن .

١ سورة النساء آية ٦٥ (٢) Khadduri: Law in the Middle East, P. 298-294.

وفي الفترة ما بين عام ١٨٢٦ إلى عام ١٨٣٩م أصدرت الخلافة قوانين متعددة عرفت باسم التنظيمات ولم تكن هذه القوانين قاصرة على الناحية التجارية فقط بل شملت مجالات قانونية أخرى كنظام البحرية وقانون العقوبات .

وفي صدد معرفة الحافز لتبني قانون العقوبات الأوربي والتخلي عن الشريعة في هذا المجال الفقهى يعلله البعض بأن الخلافة العثمانية قصدت من وراء ذلك أن ترفع من مكانتها في نظر الأوربيين مجارة لهم .

ومهما يكن من سبب يذكره هذا أو ذاك في تخلي العثمانيين عن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال أو ذاك لم يكن هذا العمل في الحقيقة وعين الانصاف تبرؤاً من الإسلام ولا تخلياً عن تعاليمه ولكن ما وصلت إليه هونتيجة طبيعية كظهر من مظاهر الضعف والتخلف المادي الذي أصابها .

فاذا كانت مراكز النفوذ الدول والصناعة ومصادر الثروة والتجارة الدولية بيد الإوربيين انتاجاً أو استثماراً فالقوى المعطى يفرض مبادئه وشروطه وطريقة تعامله بما يضمن مصالحه ، وعلى الضعيف المحتاج أن يسلم ويستسلم .

وفي واقعنا الحاضر تسير المضاربات التجارية على مستوى الأفراد أو الهيئات وفق القوانين الأوربية ولا يعنى هذا أن هذه الهيئات أو أولئك الافراد تخلوا طوعاً أو تمرداً على الشريعة الإسلامية الا أن الضعف يلزمه القبول والاستسلام . وما من شك أنه لا مجال لمثل هذه القوانين في المحاكم الشرعية ومن ثم بدت الحاجة ماسة إلى انشاء محاكم أخرى ذات مناهج وأساليب تختلف تماماً عن المحاكم الشرعية .

ففي عام ١٨٤٠ م أسست محكمة تجارية خاصة للنظر في النزاع بين التجار المحليين والأوربيين ثم عقب ذلك انشاء محاكم مدنية بأمر سلطاني عام ١٨٧١ م واتسعت في عام ١٨٨٠ .

وتحت هذا الوضع التشريعي الجديد ألفت هيئة للاعداد والتنظيم الاداري الاصلاح التشريعي وأنبثق عن تلك اللجنة هيئتان :

الأولى : مجلس الدولة الاستشارى والذي كان مكلفا باعداد النظم والقوانين ومراقبة تنفيذها .

الثانية : قانونية والتي من اختصاصها تحديد القضايا التي تنظر ويفصل فيها على ضوء القانون الاوربى

وقد أدى وجود نوعين من القضاء ذى سمات وطابع متباين إلى كثير من البلبلة والاضطراب فالقانون التجارى قانون أوربى أما القانون المدنى فتحق ذلك الحين كان مبنيا على أساس الشريعة الاسلامية .

ولما أحس المسؤولون فى الخلافة بتضخم المشكلة وصعوبة الوضع لحأت الدولة العثمانية إلى تأليف هيئة لوضع مجلة الاحكام العدلية وقد عرضت الهيئة فى تقريرها إلى ذكر الملايسات والظروف التي فرضت التقنين للشريعة الاسلامية أوردها ملخصة فيما يأتى :

١ - اتساع المعاملات التجارية فى هذه الاعصار مما أدى إلى استثناء كثير من المعاملات كالفستجة (الحوالة) وكأحكام الافلاس وغيرهما من القانون الأصلى ووضع قانون مخصوص لهذه المستثنيات يسمى قانون التجارة .

٢ - مجالس تمييز الحقوق كان يحال اليها الدعاوى الشرعية والأمر النظامية ، وما يتصل بالشرع يحال إلى هيئة شرعية ، أما الأمور النظامية فانها تحال إلى هيئة خاصة تنظر فيها بمقتضى النظام وتفصل وتحسم على وفق المسائل الفقهية وهذه الهيئات خاضعة للقضاة الشرعيين . ولما كان أعضاء مجالس تمييز الحقوق لا اطلاع لهم على مسائل علم الفقه . فاذا حكم القضاة الشرعيون فى تلك الفروع بمقتضى الأحكام الشرعية ظن أعضاء التمييز أنهم يفعلون ما يشاؤون خارجا عن النظم والقوانين الموضوعة وأسأوا بهم الظن فيصير ذلك باعنا على القيل والقال .

٣ - وجود مشاكل متفرعة عن الدعاوى التجارية والتي لا حكم لها فى قانون التجارة ولا يمكن الرجوع إلى قوانين أوربا لأنه لم يجر التصديق عليها من قبل الخلافة

أصول المحاكمة . ويتج عن هذا أيضاً استحالة التفاهم بين هيئة المحكمين فانه لايمكن لمحاكم التجارة مراجعة المحاكم الشرعية ولايمكن لأعضاء محاكم التجارة أن يراجعوا الاحكام لأن هؤلاء الأعضاء على حد سواء مع أعضاء مجالس تمييز الحقوق إلى جانب ذلك فانه ليس بإمكان أعضاء المحاكم التجارية مراجعة الأحكام فى الكتب الفقهية لأن استخراج المسائل من كتب الفقه الاسلامي يحتاج إلى مهارة علمية ومملكة كافية تكتسب من خلال الممارسة وعبر السنين الطويلة .

هذه هي أهم الأسباب التي دفعت إلى كتابة هذه المدونة الفقهية المنظمة وقد عقبب اللجنة على هذا أخيراً بقولها .

« بناء على ذلك لم يزل الأمل معلقاً بتأليف كتاب فى المعاملات الفقهية يكون مضبوطاً سهل المأخذ عارياً من الاختلافات حاوياً للأقوال المختارة سهل المطالعة على كل أحد لأنه اذا وجد كتاب على هذا هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة عامة لكل نواب الشرع ومن أعضاء المحاكم النظامية والمأمورين بالادارة فيحصل لهم بمطالعتة انتساب إلى الشرع . ولدى الايجاب تصير لهم ملكة بحسب الوسع يقتدرون بها على التوفيق ما بين الدعاوى والشرع الشريف فيصير هذا الكتاب معتبراً مرعى الاجراء فى المحاكم الشرعية مغنياً من وضع قانون الدعاوى والحقوق التي ترى فى المحاكم النظامية ولقد أحيل على عهدتنا مع ضعفنا وعجزنا اتمام هذا المشروع الجميل والاثر الخيرى السديد لتحصل به الكفاية فى تطبيق المعاملات الجارية على القواعد الفقهية على حسب احتياجات العصر . بموجب الإرادة العلية اجتمعنا فى دائرة ديوان الأحكام وبادرنا إلى ترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جداً من قسم المعاملات الفقهية مجموعة من أقوال السادة الحنفية الموثوق بها وقسمت إلى كتب متعددة وسميت « بالأحكام العدلية » (١)

والمجلة فى اللغة تعنى الصحيفة فيها الحكمة كما تطلق على كل كتاب (٢)
وفى مجال المقارنة بين مسميات الرسالة والمجلة ذكر حاجى خليفة : بأن الرسالة

١ - التقرير الذى قدمته الهيئة للمرحوم عالي باشا الصدر الاعظم ، المجلة ، الطبعة الخامسة
ص ٧ - ١٤ . ٢ - الفاموس المحيط ج ٣ ص ٣٥٠

وإذا أُحيلت إلى المحاكم الشرعية فالمحاكم تصير مجبورة على استئناف المرافعة في تلك القضية وحيث يَحْكَمُ في القضية الواحدة بمحكمتان كل منها تغاير الأخرى في هي المجلة المشتملة على قاييل من المسائل التي تكون من نوع ، والمجلة هي الصحيفة التي تكون فيها الحكم (١) أما مجلة الاحكام العدلية فهي مدزونة فقهية اشتملت على القواعد الفقهية ومقاييسه الهامة موضوعة في مائة مادة مبتدئة بالقاعدة القائلة .
الأمور بمقاصدها .

ومختمة بالقاعدة القائلة :

من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه ..
وحوث أحكام المعاملات ومسائل الدعاوى وأحكام القضاء في أسلوب واضح مبسط . وقد جعلت من موضوع كل مسألة وحكمها الشرعي مادة مستقلة . وقد بلغ مجموع موادها ألفاً وثمانمائة واحدى وخمسين مادة

وقد جرت المصادقة عليها في السادس والعشرين من شعبان عام ١٢٩٣ هـ .

وكان مفروضاً أن تستمر لجنة المجلة وتتابع أعمالها بالنسبة لبقية الموضوعات الفقهية كالعقوبات والأحوال الشخصية إلا أنها توقفت عن العمل بأمر السلطان عبد الحميد الثاني عام ١٨٨٨ م قبل أن تبدأ في أى فرع آخر من فروع الفقه الأخرى (٢)

لاشك أن المنهج والطريقة في المجلة كان فتحاً جديداً في أساليب الدراسات الفقهية الإسلامية كما كان لهذا الحدث صدًى وأهمية بين الهيئات والمؤسسات القانونية وخاصة الغربية .

والدارس لهذه المدونة الفقهية يجد أن الجهود المبذولة فيها لم تكن جهوداً اجتهدية ودراسات منطلقة في آفاق جديدة .

١ - كشف الظنون ج ١ ص ٨٤٠

Law in the Middle East, P. 293.

- ٢ -

فقد أسست موضوعاتها وضبطت أحكامها على المذهب الحنفي وفي دائرة فقهاه وأئمته فما هي في الحقيقة الاتقنين للمذهب الحنفي. ويلمس القارىء في نظرة خاطفة إلى وقوع التكرار والتداخل بين موادها ولم تسمح هيئة المجلة لنفسها أن تخلق في آفاق ومذاهب فقهية أخرى فلم تشرك أحدا من فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى ليتم لأعضائها الاقتباس والاستفادة ويتم الاختيار للأنسب والأوفق، واغفال الهيئة طلب مشاركة فقهاء المذاهب الأخرى أدى بها إلى بعض الأخطاء في حكمها على بعض مواقف المذاهب الأخرى في مسائل معينة ، من ذلك :

حينما تعرضت في التقرير المرفوع للصدر الأعظم عن موضوع الشروط في العقود ورد فيه ما يأتي :

« ثم أن الأخذ والعطاء الجارى في زمننا أكثره مربوط بالشروط وفي مذهب الحنفية : ان الشروط الواقعة في جانب العقد أكثرها مفسد للبيع ، ومن ثم كان أهم المباحث في كتاب البيوع فصل البيع بالشروط وهذا الامر أوجب مباحثات ومناظرات كثيرة في الجمعية .. »

ثم لخصوا المباحثات التي جرت في هذا الصدد على الوجه الآتي :

« ان اقوال أكثر المجتهدين في حل البيع بالشرط يخالف بعضها بعضا ففي مذهب المالكية اذا كانت المدة جزئية . وفي مذهب الحنابلة على الإطلاق يكون للبائع وحده أن يشترط لنفسه منفعة مخصوصة في البيع لكن تخصيص البائع بهذا الأمر دون المشتري مخالف للرأى والقياس ... »

إلى آخر استعراض آراء الفقهاء الحنفية . وهنا لابد من وقفة قصيرة عند هذه النقطة لتصحيح المفاهيم نحوها ، فالحنابلة كما هو في كافة كتبهم كما يعطون الحق للبائع في أن يشترط لنفسه منفعة مخصوصة فان مثل هذا الحق تماما منحول للمشتري من دون قيد أو شرط . وهنا أنقل نص عبارة كتاب منتهى الإدارات حيث تحدث عن الشروط الصحيحة في البيع والتي هي الزام أحد المتعاقدين بسبب العقد ماله فيه منفعة وقسمها إلى ثلاثة أقسام، وفي القسم الثالث موضوع البحث يقول :

« النوع الثالث : شرط بائع على مشتر نفعاً غير وطء ودواغيه معلوماً في مبيع كسكن الدار شهراً وحملان البعير إلى محل معين ..

وكذا شرط مشتر نفع بائع في مبيع كشرط حمل حطب أو تكسيره وخباطة ثوب أو تفصيله أو جذر طبة ونحوه بشرط علمه » (١)

وهذا مما يؤكد لنا أن وضع هذه المدونة الفقهية لم يكن قائماً على أساس دراسات عميقة للمذاهب الأخرى الأمر الذي لو حدث لجنب الأمة الإسلامية التطلع إلى نظم الغرب فراراً من الشروط القاسية في بعض المذاهب المنتمة لها . وبهذا الأفق المذهبي الضيق منعوا الأمة أن تستفيد من السهولة واليسر المتوفرة في بعضها المذاهب الأخرى .

وفي عام ١٩٠٨ بعد إعلان الدستور توجهت الأقلام لنقد المجلة وكان التعديل صعباً خصوصاً وأن الإجراءات القضائية المدنية متمشية على أساس القانون الفرنسي وعلى خلاف ما في المجلة إلا أنه كان موفياً للحاجات التجارية والاقتصادية حيث ضمن مبدأ حرية التعاقدين وحرية القضاء حيث ينحول القاضي أن يستعمل رأيه واجتهاده .

ولئن كان هذا يقال في القانون الفرنسي فهو في الفقه الإسلامي وبعض مذاهبه أكثر وضوحاً وأبرز مسلماً منه في غيره . وهكذا محاسن تشريعنا تنسب لغيرها بسبب جهلنا أو تعصبنا لمذاهب معينة .

وتحت النقد المتضاعف كونت لجنة خاصة لإعادة النظر في المواد والأحكام التي تضمنتها المجلة وأعطى أعضاؤها حرية في نطاق الفقه الإسلامي بشكل عام من دون تقييد بالمذهب الحنفى . وهكذا غيرت هذه اللجنة الكثير من الأحكام خاصة منها ما اتصل بعقود البيع والاجارة ولكن لم توضع موضع التنفيذ

١ - الفتاوى : منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٦٠

وتعاقبت بعد هذا حوادث كان من آثارها أن أصبح القانون المدني السويسري هو المعمول به في المحاكم والهيئات التشريعية بدلا من المجلة وتم هذا في الرابع من أكتوبر عام ١٩٢٦ . وبهذا عطلت أحكام الشريعة الإسلامية بكاملها وتوقف مد نفوذها على الحياة الاجتماعية والتشريعية في ربوع ترعرعت ونمت على رحابها وبين جنباتها كانت فيها شاحخة الأنف عالية المنار .

ان هذا الحدث الأليم الذي سجله التاريخ وشمس الخلافة الإسلامية العثمانية قد آذن بالأفول كان له صدهاء فلم يمر عفو بل كان ولا يزال موضع دراسة المؤسسات الفقهية والقانونية في العالم .

وان من أهم هذه المؤسسات العالمية المتابعة للتطورات التشريعية في العالم قسم القانون بجامعة لندن في مدرسة الدراسات الشرقية والأفريقية ويعجب المرء أن يرى اهتمام المسؤولين هناك بقضايا التشريع في شرقنا الإسلامي فتاوى وأحكام حتى أنهم يحتفظون بقصاصات الصحف والمجلات

وفي محاضرة القاها رئيس معهد القانون بروفيسور اندرسون Anderson قال ما أذكره بالنص : ان اقتباس تركيا للقانون السويسري وتطبيقه في بلادها أشبه ما يكون بارتداء القزم ثوبا طويلا فضفاضا .

انها عبارة تحمل معنى السخرية والاحتقار . ومثل هذا يقال في كل أمة أو دولة تقوم بنفس العمل اذ لولا شعورها بالنقص وبالقزامة التي تعيشها لما استعارت رداء لم يفصل لها ولم يصنع على مقاسها ولم يراع فيه ظروفها وتراثها عبر القرون الطويلة وفي تبرير موقف الدولة العثمانية يقول أحد أعضاء تلك المؤسسة القانونية في مقال نشره بعنوان .

Islamic Law Traditional and Modern

: « لقد كان اقتباس الدولة العثمانية للقانون التجارى الفرنسي بدافع من الرغبة في رفع معنويتها وهيبتها في عين الدول الغربية التي نظرت إلى قانون العقوبات والقصاص وقطع اليد والرجم بكثير من الدهشة والاشمئزاز » . (١)

وماذا أعقب هذا القانون الأجنبي على أمة عاشت في ظل قانونها قرونا ... لقد كان غريبا شاذا ونشازا فرض على الأمة فرضا ولم يكن على الأقل في محيط الأحوال الشخصية صالحا للتنفيذ ففي جولة علمية قام بها الزميل الدكتور - محمد ابراهيم على إلى تركيا عام ١٩٦٨ م واتصاله بالمؤسسات والهيئات القانونية في المجال القضائي والجامعي تكشف له أن ما يجرى في المحاكم تطبيقاً فيما يختص بالنواحي الشخصية يختلف تماما عما هو بدون قانونا. فالشعب التركي شعب مسلم يعيش الإسلام عقيدة وعملا كأي شعب من الشعوب الإسلامية فمن الخيال أن يفترض نجاح وتنفيذ قانون أجنبي غريب عنه مصدرا وبينة . وكانت الحقيقة التي اطلع عليها وصرح له بها البعض أن الفصل في الأحكام يجرى على أساس الفقه الاسلامي وأنه من المستحيل تطبيق قانون على شعب يعتنق الاسلام ، والعلاقة معدومة تماما بين قانون مفروض وشعب ينتمى إلى شريعة وتقاليد تجرى في دماته .

وكان مفروضا على البلاد التابعة للخلافة العثمانية الخضوع لتلك الأنظمة والقوانين خاصة وبعد اعلان الدستور إلى جميع الولايات التابعة لها في السابع والعشرين من جمادى الثانية عام ١٣٢٦ هـ . فأحدثت المحاكم المدنية النظامية والتي أضحت تؤدي دورها إلى جانب المحاكم الشرعية غير أن البلاد المقدسة استثنت من تطبيق نظام المحاكم المدنية واستمر العمل فيها سائرا على المنهاج الشرعي . وكان القضاة في مكة من الأتراك تتدبرهم الدولة التركية وكانت أحكامهم مرتبطة بمشيخة الاسلام في الاستانة (١)

كما أن مصر لم تعمل بالقوانين العثمانية الجديدة ولا بمجلة الاحكام العدلية العثمانية لأسباب سياسية . إذ أرادت أن تحافظ على استقلالها عن الباب العالي في قضائها وادارتها .

وفي سنة ١٨٧٥ م انشئت بها المحاكم المختلطة التي اختصت بالنظر في القضايا المدنية والتجارية المتعلقة بالأجانب ، وكذلك أنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨١ م

١ - احمد السباعي : تاريخ مكة ، ج ٢ ص ١٨٢

ثم أعيد تنظيمها سنة ١٨٨٣ اذ شملت القانون المدنى والتجارى والبحرى والجنائى وقانون المرافعات وقد وضعت من قبل لجنة نقلت قوانينها نقلا حرفيا عن القوانين المختلطة . وهذه القوانين مؤسسة ومقتبسة من القانون الفرنسى فقد تسرب هذا القانون منذ عهد محمد على الكبير وظل أثره ممتدا فى القانون المصرى الى الوقت الحاضر . (١)

ولقد تسبب هذا الوضع المتطور الى سلب القضاة الشرعيين والمحاكم الشرعية من كثير من اختصاصاتها ففى عام ١٨٤٠ (١٢٥٦ هـ) أخرج من اختصاصها القضايا الجزائية . ثم أخرجت تباعا معظم القضايا المدنية ففصلت عنها دعاوى الأراضى والحدود سنة ١٨٧٩ (١٢٩٦ هـ) وتبلور هذا التغير فى ايجاد ثلاثة أنواع من المحاكم .

أولا : المحاكم الشرعية : وقد حصر اختصاصها بمسائل الأحوال الشخصية وبيعض القضايا المحدودة

ثانيا : المحاكم النظامية : وهى التى تشكلت على أثر صدور القوانين العثمانية الجديدة المقتبسة عن القوانين الاوربية وكان يدخل فى اختصاصها جميع القضايا الجزئية والتجارية والمدنية التى لم تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية :

ثالثا : المحاكم الخاصة : وأهمها المحاكم القنصلية والمحاكم الروحية فالأولى هى المحاكم أو المجالس التى كانت القنصليات الأجنبية صاحبة الامتياز تؤلفها للنظر فى القضايا التى يكون لأحد رعاياها مصلحة فيها . أما المحاكم الروحية : فكانت المحاكم التى تنظمها طوائف الأقليات غير المسلمة للنظر فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بأبناء الطائفة . (٢)

١ - الاوضاع التشريعية فى الدول العربية ص ٢٣٢ - ٢٣٣ - ٢٢١ بتصرف

٢ - الاوضاع التشريعية فى البلاد العربية ص ١٨٦ بتصرف .

التشريع الاسلامي فى شبه القارة الهندية :

التشريع الاسلامي فى شبه القارة الهندية : يحدثنا عنه فضيلة الشيخ أبو الأعلى المودودى بأن الشريعة الإسلامية هى التي كانت قانون الدولة العام فى الهند حتى بعد أن قام فيها الحكم الانجليزي . فكانت يد السارق مثلاً تقطع فيها إلى سنة ١٧٩١م ولكن الانكليز أخذوا بعد ذلك يلغون القانون الاسلامي آناً فآناً ويستبدلون به القوانين الوضعية حتى تم الغاؤه إلى أواسط القرن التاسع عشر ولم يبق منه تحت النفاذ الا ما كان يتعلق بمسائل النكاح والطلاق وغيرهما على اعتباره قانون المسلمين لأحوالهم الشخصية . ثم على منوال الحكومة الانكليزية فى الهند نسجت جميع الأقطار التي كانت حكومات المسلمين أنفسهم قائمة فيها . فصاغت جميع ولايات الهند المسلمة قوانينها العامة شيئاً فشيئاً حسب قالب القانون الجارى فى الهند البريطانية وضيق نطاق الشريعة إلى قانون المسلمين لأحوالهم الشخصية . فكانت الهند أول قطر بدأ فيه الغاء الشريعة الاسلامية . (١)

البلاد العربية فى الشمال الافريقى :

لم يختلف الوضع فيها عن بقية البلاد الاسلامية فى مرحلة ما قبل الاحتلال الفرنسي اذ كانت القواعد القانونية مستقاة من الشريعة الاسلامية سواء كانت مدنية أو جنائية .

ففى الجزائر مثلاً كان يتم تطبيق الشريعة عن طريق مجلس الفتاوى الذى كان يعطى رأيه فى المسائل المعروضة عليه وكان هذا المجلس يتكون من فقيهين أحدهما مالكي والثاني حنفي وبالإضافة إلى هذين الفقيهين كان يوجد بالمجلس قاضيان وعدد من العلماء .

ولما أعلن المستعمرون الفرنسيون ضمها إلى فرنسا عام ١٨٣٠ . عمدوا إلى تطبيق تشريعاتهم وقوانينهم ولكن فى الحدود التي تحقق مصالحهم وعمد المستعمرون إلى خلق نظامين قضائيين مختلفين .

١٠ - نظرية الاملا م وهدي ة فى السياسة والقانون والدستور هـ ١٢٨٠

نظام فرنسي : يختص بالنظر فى الدعاوى التي يكون طرفاها أو أحدهما من الأوربيين . ويخضع هذا النظام للإجراءات الفرنسية الموضوعية والشكلية .

نظام وطني : يختص بدعاوى الوطنيين يخضع فى إجراءاته الشكلية للقواعد العرفية السائدة من قبل كما يطبق من الناحية الموضوعية أحكام الشريعة الإسلامية وفى عام ١٨٤٢ صدر أمر بإلغاء حق القضاة الوطنيين فى البت فى القضايا الجنائية والحقاق القضاء الوطنى بالجهاز القضائى الفرنسى (١)

ولم تتورع فرنسا أن تلعب دورها فى سبيل القضاء على الشريعة الإسلامية بكل حيلة ووسيلة سرا وعلانية ففي عام ١٨٥١ استعملت فرنسا بالجزائر سياسة اسمتها السياسة البربرية أخرجت القبائل عن أحكام الشريعة الإسلامية زاعمة أن البربر الجزائريين هم الذين طلبوا بعث أعرافهم وتكوين أنظمة قضائية تقوم مقام القضاء الإسلامى (٢) . وهكذا سعت فى القضاء على الشريعة الإسلامية فى الحقلين الجنائى والمدنى .

المغرب وتونس : وهما من المعاقل الإسلامية التي حفظت تراثه كانت الشريعة الإسلامية هى المرجع فيهما فى كل القضايا والقاضي الشرعى هو الذى يتولى الحكم فى المسائل المدنية والجنائية والأحوال الشخصية . ولما أعلنت فرنسا حمايتها على تونس فمراكش أدخلت فيها قوانين مماثلة لما طبق فى الجزائر وهى قوانين مقتبسة من القانون المدنى الفرنسى وكان اعلانه بتونس فى سنة ١٩٠٦ م وفى مراكش ١٩١٣ م ونخلص من هذا العرض الموجز إلى أن الوضع التشريعى فى البلاد الإسلامية بعد تفكك الخلافة العثمانية قد استقر إلى ثلاثة أوضاع تشريعية :

أولاً: استمرار الشريعة الإسلامية فى كافة المجالات التشريعية المدنية والجنائية والشخصية كالمملكة العربية السعودية والمملكة اليمنية قبل تغير نظام الحكم فيها عام ١٣٨٥ هـ ، وأمارات الخليج .

١ - شرح قانون العقوبات الجزائرى ، ج ١ ص ٦٧

٢ - دفاع عن الشريعة ص ١٨٤

ثانيا : الغاء الأحكام الشرعية فيما يتعلق بالفقه الجنائي والأخذ بقانون المجلة العدلية في التجارة والمعاملات وذلك في البلاد التي كانت تابعة للدولة العثمانية . وظل العمل بها قائما بعد انهيار الدولة العثمانية وذلك كسورية وفلسطين وشرق الأردن والعراق وليبيا .

ثالثا : الأخذ بالقوانين الأجنبية في جميع المجالات الحقوقية ماعدا الاحوال الشخصية وهذا في باكستان ومصر ولبنان وتونس والجزائر . (١)

قانون العقوبات الاسلامي وموقف الحكومات من تنفيذه :

تناول الحديث السابق التغيرات والتطورات التي حدثت في تطبيق الشريعة الاسلامية بشكل عام والقانون المدني التجاري بشكل خاص . وتبين من خلال ذلك ما وصل اليه الأمر من اقصاء الأحكام الشرعية الاسلامية في المجال التجارة والمضاربات المالية .

وماذا عرض لقانون العقوبات الاسلامي ؟ وماهو حظه من التطبيق والتنفيذ ؟ وقبل البدء في الاجابة وتتبع الحقيقة لابد من ذكر هذه الحقيقة .

ان الحدود في الشريعة الاسلامية كالقصاص وقطع اليد والرجم أو الجلد للزاني والجلد لشارب الخمر ثابتة ثبوتا قطعيا لا مجال للشك فيها اما بنص قرآني محكم أو بسنة متواترة مما يفيد القطع واليقين ولم يمر حولها خلاف معتبر بين علماء المسلمين بل كانت محل وفاق فقد جرى تحديدها وتطبيقها في عهد النبوة بما لم يترك مجالا للخلاف وما كان موضع خلاف فقد أصبح مجمعا عليه فيما بعد .

وبعد تقرير هذه الحقيقة والقاء نظرة عابرة لتطبيقها بين الشعوب الاسلامية في مختلف اقطارهم نجد أنها فقدت جانب التنفيذ والتطبيق وأصبح مصيرها التعطيل والاهمال بشكل عام في معظم الاقطار الاسلامية ان لم يكن كافتها فيما عدا المملكة العربية السعودية التي لازالت والحمد لله تحتكم في هذا الى شريعة الله فجنّت ثمار هذا أمنا واستقرارا .

١ - دفاع عن الشريعة من ١٧٨ - دفاع عن الشريعة من ١٧٦ بقصوف .

وانى أترك الحديث عن الناحية التشريعية بالمملكة والتطبيق للتشريع الجنائي بصفة خاصة حيث فصلته فى محاضرات مشتركة مع زميلى الدكتور - محمد ابراهيم على فى سلسلة المحاضرات (المنهج التطبيقي للقضاء فى المملكة العربية السعودية)

واذا عرفنا الوضع بشكل عام فى البلاد الاسلامية المتخلف منها والمتطور تجاه تطبيق أحكام العقوبات الاسلامية فان الدارس لهذا الوضع يلاحظ من ثانيا ذلك حقائق ونتائج دينية واجتماعية جديرة بالملاحظة :

أولا : تعطيل الحدود الشرعية يعنى تعطيل الجانب العملى للآيات والنصوص الواردة فى ذلك فأصبحت ليست بأكثر من آيات تتلى للتبرك وطلب الثواب .

ثانيا : لم يكن هذا فحسب بل أن بعض ما يسمى جريمة فى الشريعة الإسلامية أصبح مباح العمل لا يؤاخذ به الفاعل . فالجريمة فى عرف القوانين . هو الفعل الغير المشروع الصادر عن ارادة جنائية (١)

وليس جريمة الا الأفعال التي من شأنها الاضرار بأمن المجتمع وتعكير السلم الاجتماعى . وهنا يقرر القانونيون فى صراحة أنه لا علاقة تماما بين ما يسمى جريمة من الأفعال وبين قواعد الأخلاق ولا يعنيه من هذا اتفاقها بين قانون العقوبات وبين قواعد الأخلاق فانما هى الصدفة وقد ورد النص الآتى فى شرح قانون بعض الدول العربية « أما فيما يتعلق بتعارض كثير من الأفعال التي يحرمها قانون العقوبات مع قواعد الأخلاق فان ذلك لا يعنى بالضرورة اضعاف الصبغة الاخلاقية على قواعد قانون العقوبات وإنما يعنى أن لكل من الأخلاق وقواعد قانون العقوبات دائرة نفوذ مستقلة » (٢)

واذا كان هذا هو الاتجاه الغربى فى الفصل بين العقوبات والأخلاق أو بالأحرى عدم الربط بين مسمى الجريمة على ضوء القواعد الأخلاقية فجدير بأبناء الأمة الاسلامية التي عاشت مناهجه قرونا طويلة وجرت مبادئه الاخلاقية فى دماهم

١ - دكتور رضا فرج ، شرح قانون العقوبات الجزائري من ٨٨

١ - دكتور رضا فرج ، شرح قانون العقوبات الجزائري من ١٦

أن يثبتوا عكس النظرية الغربية فالجريمة تتجسد حقيقة وشكلا في كل مامن شانه أن يخالف مبدأً أو قاعدة أخلاقية فكما أنها اعتداء على الافراد أو الجماعات فهي أيضا كل ما كان خرقاً للأخلاق أو خدشا للكرامة الانسانية (١) . وهذا في حقيقته هو اعتداء على الجماعة والمجتمع في شكل كلي . وإذا كان المصلحون يشكون انحلالا في بعض المجتمعات الاسلامية أو قلقاً في الحياة الاجتماعية فلاشك أن من أسبابه هي تلك القوانين المستوردة التي لم يكن في حسابها أو حسابان واضعها الضرب بيد من حديد على أيدي المتلاعبين براحة وأمن المجتمع .

ان الجريمة في الاسلام تعالج بوسائل سيكولوجية وعلمية مختلفة أما العقاب البدني فيأتي في نهايتها . ولا أريد الاستطراد في هذا بل أترك مناقشة نظرية الجريمة والعقاب في الشريعة الاسلامية إلى دراسة أخرى . ولقد برر البعض تعطيل هذه الحدود بمبررات ليست في حقيقتها الا معاذير ليست لها قوة التأثير في تغيير الأحكام ومن جملة ما يقال في مثل هذا الموضوع على سبيل المثال :

« بأن تطبيق حد الرجم على الاتصال الجنسي غير المشروع غير عادل تحت ظروف الحياة الحاضرة بما تحمله من وسائل الاغراء والفتنة التي يحمل وزرها الصحافة والسينما والتلفزيون مما يعمد الفرد حتما إلى ارتكاب الخطيئة »

وفي معرض التبركيت واللمز بهذا الرأي الذي يجعل من هذا العذر منطلقاً لتعطيل الحدود يعلق عليه بعض الباحثين بقوله :

« إن مثل هذا الدفاع معقول ومقبول ممن يعيش حياة اجتماعية عصرية بمعناها الواسع الكامل بينما القائلون به ينتسبون إلى بلاد ان لم تكن فقيرة متأخرة فهي على أحسن الفروض تنتهي إلى مجموعة البلاد النامية حيث تفتقد أحيانا العناصر الضرورية للحياة الفردية العادية فضلا عن ادعاء توفر الحياة الترفهية » (٢)

١ - اما التعريف الفقهي للجريمة فهي : محظورات شرعية زجرالله عنها بحد أو تعزير ، عبد القاسم عودة : التشريع الجنائي ص ٦٦ نقلا عن الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٩٢ .

وزيادة على ما تقدم فان مثل هذه المعاذير والتعللات لغرض تعطيل الحدود فيها مجانبة للمنطق والواقع اذ سلطة الحكم التي تطلق العنان لمثل تلك الأمراض الاجتماعية التي يعاني منها المجتمع هلاكا وتعقيدا هي التي تملك القدرة في الأقل والأضعف على الحد منها ان لم يكن استئصالها وهذا الاسلوب الايجابي لمعالجتها لا يتنافى مع مبدأ ومفهوم الحرية الفردية حتى في المجتمعات الديمقراطية الأكثر احتراماً للحرية الفردية اذا للحرية قيود وحدود والا فهي القوضى والاضطراب.

فالبلاذ المتقدمة ولأضرب هنا مثلاً ببريطانيا وكثير من البلاد الاوروبية تمارس حكوماتها نوعاً من الرقابة على وسائل النشر والاعلام بما يكفل صلاح مجتمعاتها في اطار الفلسفة والعقيدة التي تتبناها . ولاشك أن للاسلام فلسفته وعقائده ، ولم لا يكون تحركات هيئات النفوذ في بلاده وممارسة أعمالها سائراً على ضوء معتقداته وفلسفته .

ولا يعاب على قوانينه الجنائية قسوة العقاب ونكاية التأديب في مجال التطبيق لأنها لا تلحق البريء حتى تكون مثار خوف وذعر فوضع قانون جزائي لا يعنى أن كل فرد في المجتمع سيكون موضع تلك العقوبة لأنه تمت عقوبة فحسب بل سيكون موضوعها اذا اجترمها .

ولقد مضت فترة طويلة والتشريع الاسلامي موضع الدراسة والنقد التزيه والمغرض على السواء ، والدارسون مابين منصف وحاقد والهيئات القانونية المسؤولة في البلاد الاسلامية لا يعدون هذا أو ذاك وأبعد عن المجال التطبيقي العملي طوعاً أو كرهاً بيد الفئة المسؤولة ولكن يريد الله ألا ينتهى هذا القرن حتى نشهد محاولات جادة من القيادات المسؤولة في بعض البلاد الاسلامية لإعادة النظر في بعث الجانب العملي للتشريع الجنائي فمنذ سنوات وجدت رغبة قوية في باكستان لتطبيق بعض الحدود على ضوء مافى الشريعة الاسلامية حتى ان رئيس قضاة المحكمة العليا في وقت قريب أكد حماسه وميله الشديد لتطبيق حد السرقة بقطع اليد كعقاب أخير تلجأ اليه الدولة في مثل ارتكاب هذه الجريمة وربما ينال هذا الموضوع الاقرار من قبل اللجنة المكلفة حالياً لصياغة الاحكام الشرعية في قالب

جديد تسير على ضوئه ومقتضاه المحاكم في الباكستان . (١)
وان التجربة الناجحة التي تقوم بها المملكة العربية السعودية في تطبيق الحدود الشرعية
جعلها في موطن الريادة والقدوة والغبطة من الآخرين . وفي الوقت الحاضر نشاهد
بلادا إسلامية أخرى تحلو حلوها طمعا أن تبلغ ما بلغته من الأمن والاستقرار .

ففي الثامن عشر من ديسمبر عام ١٩٧٢ م نشرت الصحف السعودية خبرا من
غينيا بتنفيذ حكم الشريعة في حق سارق بعد ادانته بسرقة المواشي وقد جرى
قطع يده على مرأى من ثلاثة آلاف مواطن (٢) . كما خطت الحكومة الليبية خطوة
جرئة في هذا المجال . فقد صدر في الرابع من شهر رمضان عام ١٣٩٢ هـ .
الموافق ١١ - ١٠ - ١٩٧٢ م قرار مجلس قيادة الثورة الليبية حول إقامة حدى
السرقه والحراية وفي تقديم القرار جاء ما نصه :

• نزولا على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء واستجابة لرغبة الشعب العربي
المسلم في الجمهورية الليبية وبعد الاطلاع على القرار القاضي بتشكيل لجان لمراجعة
التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية فقد أصدر
المجلس قراره القانوني المتضمن أربعة وعشرين مادة وقد جاء النص في المادتين
الثانية والخامسة كما يأتي :

المادة الثانية : حد السرقة : اذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة
يعاقب السارق حدا بقطع يده اليمنى .

المادة الخامسة : حد الحراية :

يعاقب المحارب على الوجه الآتى : -

أ - بالقتل اذا قتل سواء استولى على مال أو لم يستول .

ب - بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا استولى على المال بغير القتل .

ج - بالسجن اذا أخاف السبيل .

وهذه بوادر الرجعى إلى ظل الشريعة الاسلامية وهى تأتى نتيجة لتجارب فاشلة فى تطبيق تلك القوانين المستوردة التى عجزت أن تكفل الأمن والطمأنينة فى بلادها وهى بلاشك أشد عجزاً أن تكفلها فى موطن وبيئات غريبة عنها . وقد أورثت الأمة الاسلامية منذ تبنيها لها ضعفاً وذلاً وأزمات اجتماعية وفردية يكتوى بسعيرها الفرد والجماعة فقوضت الأسر وزعزعت معاني الشرف والمبادئ الفاضلة فى مجتمعاتنا الاسلامية .

قانون الأحوال الشخصية

لم يتبق من التشريع الاسلامي فى مجال التطبيق والعمل الا قانون الأحوال الشخصية من نكاح وطلاق وميراث، والذي يعتبر المؤسس والمنظم للحياة الاجتماعية الفردية والجماعية فى المجتمع الاسلامي. أصبح هذا الجزء من التشريع الاسلامي المعقل الأخير فما الذى ألم به ؟

وسياتي الجواب من خلال العرض المتأنى لهذا الجزء من التشريع الاسلامي فى البلاد الاسلامية. وسرد نماذج لما طرأ عليه من تغييرات .

الامة الاسلامية بشعوبها المختلفة عاشت كل منها تجارب خاصة مع العالم الأوربي الحديث وخرجت من احتكاكها المباشر بانطباعات ونظرات جديدة لعبت دورها فى التأثير على شعوبها وتكييف أنظمتها .

وموضوع المرأة المسلمة ومجاراتها للمرأة الغربية أخذ مجالا كبيراً فى النقاش والدراسة . كما أخذت هذه المسألة شكلاً بارزاً بين أهم الموضوعات باسم العدالة أو المساواة خلال هذا القرن . ومن هنا بدأ انعكاس هذه الآراء على المجتمع

الاسلامى فى هذا القطر أو ذاك ، وتحطمت فى خضم الحياة كثير من التقاليد وكسرت كثير من القيود الاجتماعية الموروثة . ولم يقف الامر عند هذا الحد بل تجاوزته إلى ما كان منها اسلاميا صرفا فتغير الوضع الاجتماعى للمرأة فى البلاد الاسلامية وانطلقت هذه الدعوة دون أن يحد من تيارها مراعاة لمبدأ اجتماعى أو ديني ومن ثم أصبح لكل شعب اسلامى مناح واتجاهات وفلسفات مختلفة فى أحكام العائلة فما يقره هذا القطر مادة قانونية تتمشى بموجبه محاكمه قد لا ينال الاعتراف فى محاكم القطر الآخر .

وسأقدم هنا نماذج مقتطفة لبعض المشاكل للفقهية وموقف المحاكم المختلفة فى البلاد الاسلامية بعد التقديم موجز تاريخي عن بداية التغيير .

بداية التغيير فى قانون الأحوال الشخصية

لقد شهد عام ١٩١٥ م أول تغيير فى قانون الأحوال الشخصية أعنى قانون الاسرة على عهد الخلافة العثمانية، إذ صدر مرسومان متصلان بموضوع الطلاق الأول : يبيح للزوجة التي غادرها زوجها ونزح من بلادها دون أن يترك لها نفقة المطالبة بفسخ النكاح .

الثاني : جواز طلب المرأة فسخ النكاح عندما يثبت إصابته بمرض خطير .
وكان الدافع الأول لوضع المادة الأولى هو أن بعض القادمين إلى عاصمة الخلافة العثمانية يتزوجون من أهلها وأخيرا وعندما يغادرون يتركون تلك الزوجات خلفهم ويعودون إلى أوطانهم دون أن يطلقوهن أو يتركوا لهن مالا ينفقنه على أنفسهن

وبعد عام ١٩١٥م بدأ التطور والتغيير فى قانون العائلة فى العالم الإسلامى يسير بشكل سريع فأول تغيير حدث بمصر فى قانون الأحوال الشخصية كان عام ١٩٢٠م وتابعت التغييرات والتطورات فى الأعوام ١٩٢٣ ، ١٩٤٣ ، ١٩٤٦ وكان آخر التعديلات والتطورات القانون المقترح فى عام ١٩٦٨م حيث كان قيد الدراسة والبحث وفى السودان : منذ عام ١٩١٥ م تابعت التغييرات فيما يخص قانون العائلة . وفى الاردن عام ١٩١٥ م أصدرت الحكومة قانونا خاصا بالعائلة وحقوقها . وفى عام ١٩٥٣ ، أعلنت الحكومة القانون الخاص بالأحوال الشخصية . وفى تونس عام ١٩٥٧ م أعلنت الحكومة قانون الأحوال الشخصية . أما المغرب فقد أعلن قانون العائلة فى عام ١٩٥٣ م

وفى عام ١٩٥٩ م أصدرت حكومة العراق تحت رئاسة عبد الكريم قاسم قانون الأحوال الشخصية الذى أدخلت عليه بعض التعديلات عام ١٩٦٣ ، بعد أن أصبحت مقاليد الحكم بيد الرئيس عبد السلام عارف (١)

نماذج للتطورات التشريعية فى قانون العائلة :

ولاية النكاح :

الولى فى النكاح ركن من أركانه لا يصح العقد بدونه. وهى منحصرة أولا فى عصبة المرأة ابتداء من الأب فأبيه وإن علا، يعقها مرتبة الأبناء فأبنائهم فالأخوة

الاشقاء ثم من للأب فأولادهم ثم العمومة وان سفلوا فالعمومة من الأب ثم المولى
المنعم فأقرب عصبته ثم السلطان .

وقد صرح الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد وغيرهم من فقهاء الصحابة
والتابعين بأن النكاح لا يصح الا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها
ولا توكيل غير وليها في زواجها . ماعدا الامام أبا حنيفة اذ يذهب إلى صحة
تزويج المرأة نفسها وغيرها وتوكيل من تراه فيه (١)

ففي تونس مثلاً وهي بلد يتمذهب جمهور سكانها بالمذهب المالكي ولاية
البنات البكر لا تخضع أحكامها لهذا المذهب الذي لا يصحح النكاح بدون ولي يتولى
عقدة النكاح . فالقانون الصادر عام ١٩٥٧ تبني المذهب الحنفي حيث خول البنات
البكر البالغة الحق الكامل في تولى عقد النكاح بنفسها .

١ - يستدل الاحناف على هذا بالاية الكريمة : (ولا تعضلوهن ان يتكحن أزواجهن) فقد
اضاف النكاح اليهن ونهى عن منعهن وهي في طور الاهلية فصيح منها كبيع امتهن ولانها اذ ملكت
بيع امتهن وهو تصرف في رقبتهن وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها
اولى واحق ، واجاب الجمهور بالاحاديث الصحيحة الصريحة في هذا الموضوع كحديث : (لا
تکاح الا بولي) وحديث (ايما امرأة تكحت نفسها يغير اذن وليها فتكاحها باطل باطل باطل ،
فان اصابها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) .
واجابوا عن الآية الكريمة بان عضلها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على ان تكاحها الى الولي
ويوضح هذا المعنى سبب النزول اذ نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج اخته
فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فزوجها واضلله عليها لانها محل له ، المغني ج ٦ ، ص ٤٤٩

الشروط في النكاح :

ونقطة الخلاف في هذا الموضوع بين المذاهب الثلاثة الحنفية والشافعية والمالكية وبين المناهضة هو ما تشترطه الزوجة مما يعود إليها نفعه وفائدته مثل اشتراطها على الزوج عدم اخراجها من دارها أو بلدها أو السفر بها أو عدم التزوج أو التسرى عليها . فمثل هذه الشروط باطلة لدى المذاهب الثلاثة صحيحة في المذهب الحنبلي .

ففي البلاد التونسية والسورية اتفاقا مع المذهب الذي يتمذهب به جمهور سكانها ليس للمرأة حق الاشتراط على الزوج. ولو حدث أنها فعلت فللزوج أن ينقض هذه الشروط (١) إلا أن التشريع في هذين البلدين ارتضى المذهب الحنبلي الذي يعتبر أكبر انطلاقا ومناسبة في الوقت الحاضر، فأصبح هو الحكم في القضاء فأعطى المرأة حرية الاشتراط فيما لا يتنافى مع العقد .

الميراث :

لم يسلم الميراث من هذه التغيرات وهو توقيفي في معظم أحكامه فقد طرأ عليه ما طرأ على غيره. فالتوريث لدى أهل السنة يسير على طريقة تعطى الفرصة لكل ذي فرض وتعصيب نصيبا من الميراث معتمدة من الأصل على أساس من التوزيع العادل ابتداء وانتهاء لا الحصر والقصر على فئة إذا وجدت حرم ماعداها على ما هو معروف في كتب الميراث. وعلى عكس هذا يقوم فقه المواريث لدى الشيعة فالنسب عندهم مراتب ثلاث : -

الأولى : الأبوان والولد وإن نزل .

الثانية : الاخوة وأولادهم وإن نزلوا والأجداد وإن علوا .

الثالثة : الأخوال والأعمام .

١ - استدللا بقول النبي صلى الله عليه وسلم (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط) وهذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : (المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا) وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسرى والسفر ، ولأن هذا شرط ليس من مصلحة المعتد ولا مقتضاه ولم يبين على التقليب والسراية فكان فاسدا كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها ، المغنى ج ٦ ، ص ٥٤٩

فلا يرث أحد ممن ينتسب إلى الطبقة الثانية الا إذا انعدمت أصول وفروع أفراد الطبقة الاولى ، ومن بالثالثة لا يرث لدى وجود أحد ممن ينتمى إلى الطبقة الثانية. ويقرر هذه القاعدة أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن فى قوله :

« ويمنع الولد من يتقرب بالأبوين أو بأحدهما كالأخوة وبنينهم والاجداد وآبائهم والأعمام والأخوال وأولادهم فاذا عدم الآباء والأولاد فالأخوة والاجداد .. ويمنع الاخوة وأولادهم من يتقرب بالاجداد من الأعمام والأخوال وأولادهم» (١)

فى العراق حيث سكانه خليط من أهل السنة والشيعة أصبح قانون الموارث الشيعى هو الذى يجرى به العمل غالباً .

وقد قيل ان من الأسباب التى دعت إلى تبنى الحكومة مذهب الشيعة هو وجود ظاهرة اجتماعية فى المجتمع العراقى، ذلك أن البعض عندما يبلغ سن الشيخوخة وليس لديه ولد ذكر ويخشى انتقال تركته إلى بعض أقاربه والذين قد لا يكون معهم على وفاق فحرصاً منه على بقائها فى ذريته يعلن تحوله إلى المذهب الشيعى اذ أن هذا المذهب يخول البنت كامل التركة اذا كانت هى الوارث الوحيد من الطبقة الاولى .

وهو ما نص عليه لديهم بأنه « لو انفردت البنت فلها النصف والباقي رد عليها ولو كانت بتان فصاعداً فلهما أو لمن الثلثان والباقي رد عليها أو عليهن » (٢)

وفى الباكستان عام ١٩٦١ م أصدرت الحكومة الباكستانية قانون الميراث متضمناً للفقرة التالية : ابن الابن أو بنت الابن اليتامى يرثون نصيب والديهم كما لو كان أبواهما أحياء . وبنفس الاتجاه خطى القانون المصرى من قبل الصادر عام ١٩٤٦ م إذ أوجب اعطاء أبناء الأبناء وأبناء البنات اليتامى من الوصية وإلا فالإيصاء لهم عيناً .

وكما هو معروف لدى أهل السنة أنه لا وصية لوارث ولهذا فلا تصح الوصية عام ١٩٤٦ م إذ أوجب اعطاء أبناء الأبناء وأبناء البنات اليتامى من الوصية وإلا فالإيصاء لهم عيناً .

١ - أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام فى فقه الشيعة ج ٤ ص ١٧-٩

٢ - المصدر نفسه ، ج ٤ ص ٢٣

للزوجة أو البنت ما لم يوافق الورثة. إلا أن قانون الميراث في مصر والسودان والعراق يميز الوصية للوارث والتأكيد على الإيصاء للزوجة والبنت وجواز الوصية للوارث هو مذهب الشيعة الإمامية. يقول مؤلف شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : « وتصح الوصية للأجنبي والوارث » (١)

الحضانة :

وعندما نستعرض قانون الحضانة في البلاد الإسلامية المختلفة على تباين مذاهبها نرى التجانب والمباعدة بين قوانينها الحاضرة المختصة بالحضانة وبين الأحكام المدونة في المذاهب المنتمية إليها .

ولنأخذ لهذا بعض النماذج في بعض البلاد الإسلامية المختلفة :

نص القانون المصري الخاص بالحضانة والصادر عام ١٩٢٩ م على ما يأتي : « ان مصلحة الأمة تقتضي أن يكون للمحكمة مطلق الحرية في اختيار المناسب والأصلح للطفل بعد سن السابعة ، والأثنى بعد سن التاسعة وللقاضي الحق في إعطاء المرأة حق حضانة الطفل حتى التاسعة والأثنى حتى الحادية عشرة إذا كان من مصلحة الطفل بقاؤه مع أمه » .

والقانون السوري الصادر عام ١٩٥٣ م جعل الحضانة في أصول معينة خاصة بالأب ثم نص على ما يأتي :

« اذا فارقت المرأة زوجها وكان لها أطفال يبلغون من العمر فوق خمس سنوات فلقاضي أن يضعهم مع أى الزوجين يراه مناسباً لمصلحة الطفل » .
وفي نفس الاتجاه يسير القانون التونسي الصادر عام ١٩٥٧ م فإنه يؤكد أن تكون الحضانة لمن يكون قيامه بها أفضل لمصلحة الطفل وأن هذا له الأولوية على كل اعتبار .

١ - المصدر السابق ج ٢ ص ٢٥٢ ، ويلاحظ في موضوع الوصية للوارث أن الشيعة
الفاطيين يذهبون مذهب أهل السنة . انظر دعائم الإسلام للقاضي العثمان بن محمد ج ٢ ص ٣٥

والقانون العراقي كذلك اذ ينص على أن أى نزاع حول موضوع الحضانة فان الأمر متروك للقاضي لينظر الأمر على ضوء مصلحة الطفل . وأن القاضي مخول بتحديد مدة حضانة الأم لأكثر من السن المعينة فى كتب الفقه اذا كانت مصلحة الطفل تستدعي ذلك . (١)

والفقهاء يعنون بالحضانة حفظ الصغير والمعتوه - وهو المختل العقل - . والمجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم . (٢)

والمذهب لدى الحنابلة : أن الغلام اذا بلغ سبع سنين عاقلاً واتفق أبوه أن يكون عند أحدهما جازاً ، وان تنازعا فيه خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختاره منهما . قال ابن عقيل : مع السلامة من الفساد فأما ان علم أنه يختار أحدهما ليمنه من فساد ويكره الآخر للأدب لم يعمل بمقتضى شهوته .

والجارية اذا بلغت سبع سنين فأكثر فعند أبيها إلى البلوغ وبعده عنده أيضاً إلى الزفاف وجوبا ولو تبرعت الأم بحضانتها . (٣)

ومذهب المالكية : يثبت الحضانة للأم إلى احتلام الذكر . قال الشيخ خليل فى مختصره : « وحضانة الذكر للبلوغ والانثى كالنفقة حتى الدخول للأم » (٤) ومذهب الامام الشافعي : أن الولد ذكرًا كان أو انثى يخير بين أبيه وأمه اذا بلغ أحدهم سبعا أو ثمان سنين . وما قبل ذلك فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج وما كانوا صغارا (٥)

ومذهب الحنفية : الأم والجدّة أحق بالابن حتى يأكل ويشرب ويلبس ويستنجى وحده وقدر بسبع سنين وبعدها يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال . والأب أقدر على

Conflicts & Tensions in Islamic Jurisprudence p. 109-110

- ١ - منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٨٦ .
- ٢ - الإقناع ، ج ٤ ص ١٦٠ ٣٢ - الخطاب على خليل ج ٣ ص ٢١٤
- ٣ - الشافعى : الأم ج ٥ ص ٩٢ .

على التأديب ، والبنت حتى تحيض لأن فترة ما بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر ولذلك تركت لرعاية أمها فترة أطول من الابن وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والأب فيه أقوى وأهدى . (١)

ان القوانين السابقة في البلاد الإسلامية مترددة اذمنها ما حاول أن يجمع بين الأحكام المذهبية المقيدة والاتجاه المنطلق ومنها ما ألغى من اعتباره النظر إلى السن وترتب تخيير الطفل عند بلوغه السن المعينة ، بينما اعتبار تحديد السن لدى المذاهب سواء قصره على السبع أو جعل أمدّه البلوغ أو الزواج بالنسبة للأنثى هو محل الدراسة والنقاش .

اما الاتجاه لدى المذاهب فمصدره الاجتهاد الفقهي القائم على الاستنباط من الآثار المروية في هذا الصدد والمستهدفة مصلحة الطفل فقد عللوا أن الطفل في سن الصغر في حاجة إلى من يباشر خدمته . والأم أعرف بذلك وأقوم فاذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه ويترجح أحدهما عن الآخر بما يرجحه الولد .

أما القوانين الجديدة فقد آثرت على التقليد للمذاهب الأربعة المتبعة الأخذ برأى بعض المجتهدين كابن تيمية والذين كان رأيهم يقضي صراحة باعتبار المصلحة للطفل هي الأصل والاساس لاغير . وهذا هو قوله « وأحمد واصحابه انما يقدمون الأب في حضانة البنت » اذا لم يكن عليها في ذلك حرز . (٢) فلو قدر أن الأب عاجز عن حفظها وصيانتها أو مهمل لحفظها وصيانتها فانه يقدم الأم في هذه الحالة . فكل من قدمناه من الأبوين انما تقدمه اذا حصل به مصلحتها أو اندفعت به مفسدتها . فأما مع وجود فساد أمرها أى البنت مع أحدهما فالآخر أولى بها بلا ريب حتى الصغير اذا اختار أحد أبويه وقدمناه انما تقدمه بشرط حصول مصلحته وزوال مفسدته .

فلو قدرنا أن الأب ديوث لا يصونه أى الابن والأم تصونه لم نلثفت إلى اختيار الصبي فانه ضعيف العقل قد يختار أحدهما لكونه يوافق هواه الفاسد ويكون

٣٤ - عبد الحكيم الافغاني : الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ١ ، ص ٢٢٤ .

٣٥ - حرز بالحريك الخطر ، قاموس ، ج ٢ ص ١٧٢ .

الصبي قصده الفجور ومعاشرة الفجار وترك ما ينفعه من العلم والدين والأدب والصناعة فيختار من أبويه من يحصل له معه ما يهواه والآخر قد يرده ويصلحه ومتى كان الأمر كذلك فلا ريب أنه لا يمكن مع من يفسد معه حاله . (١)

والتأكيد على مراعاة المصلحة للطفل لاشك أنها هي الغاية المتوخاة من قبل المذاهب السابقة وليست هي نقطة خلاف وانما المبدأ الذي رسمه الأئمة بمحصر حق الحضانة في قرابة الأم ثم انتقالها إلى قرابة الأب هو جانب الخلاف وهذا ما ينعيه الامام ابن تيمية وحذا حذوه التقنين الحديث .

وفي هذا الصدد يبين أن حق الحضانة ليس من جنس الميراث الذي يحصل بالرحم والنكاح والولاية ان كان الوارث حاجزاً أو عاجزاً . بل هو من جنس « الولاية » ولاية النكاح والمال التي لا بد فيها من القدرة على الواجب وفعله بحسب الامكان واذا قدر أن الأب تزوج ضرة وهي تترك عند ضرة أمها لاتعمل مصليحتها بل تؤذيها أو تقصر في مصليحتها وأمها تعمل مصليحتها ولا تؤذيها فالحضانة هنا للأم ولو قدر أن التخيير مشروع ، وأنها اختارت الأم فكيف إذا لم يكن كذلك .

ومما يثبت أن ما جاء في القوانين المعاصرة هو من وحى الميل والاتجاه الذي ذهب اليه شيخ الاسلام ابن تيمية حيث لم يجعل للتخيير اعتباراً أو تأثيراً تشريعياً ماذكره في نهاية دراسته للحضانة بقوله « ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقاً ولا تخيير أحد الأبوين مطلقاً والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقاً بل مع العدوان والتفريط لا يقدم من يكون كذلك على البر العادل المحسن القائم بالواجب » (٢) .

ولو أردنا أن نقوم بدراسات مقارنة على النمط السابق في كافة المجالات الشرعية الحقوقية لاتسعت الآفاق وضاق النطاق ولكن أكتفى هنا بسرد الأمثلة مسجلاً بعض الحقائق .

١ - فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ، ج ٢٤ ص ١٣١ .

١ - فتاوى لابن تيمية ، ج ٣١ ، ص ١٣٢ .

فى أكثر البلاد الإسلامية أصبح للمرأة طلب المبادأة بالطلاق على أساس شرعى كمعجز الزوج عن النفقة أو مقاطعته لها .

فى الباكستان لابد من تسجيل الطلاق لدى هيئة مختصة ولا يكون سارى المفعول والأثر قبل مرور تسعين يوما عليه . وفى تونس وسوريا تفرض المحكمة تعويضاً يدفعه الزوج لزوجته المطلقة اذا لم يكن نتيجة لسبب تقتنع به المحكمة . بل ان التعويض الذى تفوضه المحاكم التونسية غير محدد بقدر أعلا أو أدنى وغالبا ما يقدر بمقدار نفقة عام واحد .. والأمر كذلك أيضاً فى البلاد المغربية :

وفى الملايو يحظر على القاضي تسجيل الطلاق اذا لم تجر موافقة الزوجة عليه رغبة فى تدخل المحكمة الشرعية فى التوفيق بين الزوجين . ولكن اذا أصر الزوج على الطلاق فنادرا ما تستطيع المحكمة أن تلبى رغبته . ولكن اذا اتضح أن الزوج طلقها وأثبت ذلك وفشلت المحكمة فى التوفيق بينهما وحيثئذ تضطر المحكمة الشرعية إلى تسجيل ذلك الطلاق .

فى ايران : أصبح الزوج والزوجة يقفان على قدم المساواة فى الطلاق . ولا يكون الطلاق الا عن طريق المحكمة التى لها الحق فى اصدار شهادة الطلاق التى تنص على استحالة التوفيق بين الزوجين وقبل منح الشهادة شهادة الطلاق لابد من تقديم أسباب خاصة معينة لتبرير طلب الطلاق وذلك من قبل محاولة المحكمة التوفيق بين الطرفين .

وفى تونس : الزوج والزوجة لهما حق متساو فى المطالبة بالطلاق وأى واحد من الطرفين له الحق فى تطليق الآخر من غير سبب اذا كان مستعدا لتعويض الآخر حسبما تقدره المحكمة .

وأما تعدد الزوجات فقد أصبح مقيدا فى بعض البلاد الإسلامية ففى سنغافورة منذ عام ١٩٦٠ م لايسمح بالتعدد الا إذا أعطى القاضي موافقته .

وفى عام ١٩٥٧ م أصدرت الحكومة التونسية قانونا بتحريم منع التعدد. (١)

ولقد أصبح معلوما في بعض البلاد العربية عدم الاعتراف بعقد الزواج على زوجة ثانية مالم يكن مصادقا عليه من قبل المحكمة .

ولا ينكر الباحث والدارس بعض هذه التشريعات كلها أو بعضها قد خرج على الأقل على ما كان مألوفاً فضلا عن مدى موافقته أو مخالفته للشرع الاسلامي .

الظواهر الاجتماعية للأوضاع التشريعية القائمة :

من ذلك العرض الموجز للجوانب التطبيقية لمختلف الأحكام الشرعية وتطبيقها في المجتمعات الاسلامية المختلفة يلمس الدارس أن التشريع الاسلامي انحسر من كثير من المجالات التشريعية بل ربما أبعد تماما وهذا واضح في مجال الجنايات والمعاملات .

وقد ترك هذا ظواهر اجتماعية شاذة غريبة في المجتمع الاسلامي اذ استهان الكثير بالخطيئة بل الجريمة الكبيرة فأورث هذا مجتمعا الاسلامي في اطاره الكبير انحلالا جارفا أخذ طريقه بين أجيالنا حتى اختلط المعروف بالمنكر وانصرفت طاقات الشباب إلى سفاسف الأمور .

وفي مجال المعاملات والمضاربات المالية لم تعد أحكام الشريعة تحكم الأفراد ولا الجماعات ولم يبق لدى فئة في الأمة تجارا ومستهلكين تخرجوا من ممارسة ما حرّمته ضرورية وبديهة كالربا . وتورع عنها فقط من قوى لديه الوازع الديني .

ومن ثم جمّد التشريع في هذين الحقلين - الجنايات والمعاملات - ووقفت به الدراسة إلى ما انتهت اليه منذ قرون دون أن تنالها العقول باجتهاد أو تصقلها الدراسة والتطبيق وما جد فيها من دراسات فهي نظرية محضة وأصبحت المجتمعات الاسلامية نتيجة لذلك تعيش في قلق وتشكيك من واقع مفروض وتراث ضائع مفقود .

أما فيما يخص أحكام النكاح والطلاق والمواريث فهو ما خلص للمسلمين تطبيقه والتمشي به على ضوء الشريعة الاسلامية ولكن في صورة تختلف في كثير عما أخذت به الأمة الاسلامية نفسها منذ استقرار التشريع واستجدت مفاهيم

وفلسفات حسنت من وضع المرأة حيناً وهزت كيائها وغيرت من وضعها الطبيعي حيناً آخر . وقد لوحظت التطورات التالية فيما يختص بهذا الحقل من التشريع .

اولاً : تقنين التشريع فيما يختص بالعائلة الأمر الذى أعطى صبغة التوحيد فى الأحكام وقضى على الاختلاف الذى كان نتيجة لمطالبة الخصوم اجراء المقاضاة وفصل الخصومة على أساس الانتماء إلى مذهب معين .

ثانياً : استمداد القوانين والتشريعات الخاصة بالأسرة لامن مذهب واحد بل من مذاهب متعددة دون تفرقة بين سنى وشيعى أو آراء اجتهادية فردية .

ثالثاً : التغير والتطور المستمر بإسم إصلاح الأسرة وفى فترات قصيرة ومتقاربة الأمر الذى أدهش القانونيين وأدى بهم إلى التساؤل والاستغراب وهى ظاهرة تعكس اهتزاز القيم وقلق الحالة الاجتماعية فى الأمة مما كان نتيجة التأثير والاحتكاك بالأمم الغربية .

رابعاً : اتخاذ هذه التشريعات الصبغة المحلية لا الاسلامية الشاملة .

خامساً : التأثير الواضح بالقوانين الأوربية منهجاً وتفكيراً ومسلكاً فى الحياة .

وكل هذه وأكثرها نتائج طبيعية للأخذ بأسباب الحضارة الحديثة من دون محاولة لتكييفها بالبيئة والراث .

وان هذه الظواهر كانت ولا زالت موضوعات خصبة للدوائر القانونية فى البلاد الاوربية وما علينا إلا أن نفسح صدورنا للنقد الموضوعى ونعى ما بين السطور . يقول بروفيسور نويل جون كلسون بجامعة لندن : « من الصعب أن نجد فى تاريخ التشريع فى العالم من الجدل والتزاع مثل ما هو قائم الآن فى البلاد الإسلامية من الصراع بين الحديد الراغب فى التغير وبين القديم الذى استقر به العمل قروناً طويلة مما كان مصدره الوحي المنزل والذى تبلورت تعاليمه فى المذاهب الفقهية والمسلم لدى أصحابه خلوده وصحته وقديسيته والذى هو تعبير للمثالية الاسلامية . لقد تمتع هذا التشريع بالتفوق والنفوذ المتفرد بما يزيد على العشرة قرون .

ولكن تحت ضغط التغير المستمر في الحياة الاجتماعية ومتطلبات النواحي الاقتصادية المتجددة للمجتمع المسلم في الوقت الحاضر بدأ هذا الحصن - وهو هنا يعني التشريع الاسلامي - ينهد ويتزعزع

فقد تقوض تماما وفقد الوجود في المجالين التجاري والجنائي وظل قائما فيما يختص بالأحوال الشخصية بفضل تطوره واعادة النظر فيه من جديد فكان دعامة تحمي بقاءه . وقد تحقق هذا بالاستفادة من فقه المذاهب المختلفة ، وتحويل القضاة والفقهاء الحرية للانطلاق من قيود التقيد بالمذاهب الفقهية المتبعة بالاجتهاد واعادة النظر في تفسير كثير من الآيات ، وحل المشاكل لا بالصور التقليدية المعروفة .

واستطاعت الشريعة بذلك أن تحتفظ بنفوذها في هذا الإطار والحقل القانوني بل انها في بعض الأحيان استعادت نفوذها بشكل جديد)

ويتم دراسته بابداء بعض الاسباب التي أدت إلى هذا الوضع قائلا :
« انه كان نتيجة ضغط الأحداث السريعة المتلاحقة التي استدعت تحركا سريعا مما لم يسمح بوضع خطة متأنية طويلة .

فالفقه الاسلامي في الوقت الحاضر قد نجح إلى مدى بعيد في وضع الحلول للمشاكل المستديرة حلا سريعا فيما يتصل بقانون الأسرة ولكن لم يضع خطة ثابتة يجرى عليها العمل حتى المستقبل البعيد المتطور » (١)

ولابد من وقفة لمناقشة بعض الأفكار التي عرضها البروفسور كلسون فهو يعزولة بعد بعض الأحكام الاسلامية عن التطبيق والتنفيذ هو التغير المستمر ومتطلبات الحياة الاجتماعية التي لا يستطيع التشريع الاسلامي مواكبتها والاستجابة لمتطلباتها .

لا أريد الاسهاب في الاجابة ولكن هنا أمر يجب أن يعلم ذلك أن التشريع الإسلامي لم يعط فرصة التطبيق في البلاد الإسلامية في الوقت الحاضر ليثبت الواقع قدرته أو عجزه فان التاريخ قد سجل أنه مامن بلد إسلامي غلبت على أمرها وتولى

الأوربيون زمام الحكم فيها الا وكان القضاء على القانون الاسلامي هدفهم الأول .
والعمل على ذلك بشتى الوسائل أما بمحاولة محوه تماما أو اضعاف شأنه وتضييق
دائرة اختصاصه ومقاومة تعلمه وتعليمه .

فالفقه الاسلامي في المجالين الجنائي والتجاري فرض إبعاده بالقوة والقهر ،
ولم يترك في تلك البلاد ليجابه الحياة المعاصرة بمشاكلها ويناط به وبرجاله حلها
وابرامها . ولقد سلك الحكم الأجنبي في البلاد الاسلامية أساليب متعددة في الحيلولة
بين الأمة وبين شريعتها المقدسة اتخذ كل وسائل العنف فما أُجِدت وكانت المقلومة
من جانب المسلمين أشد عنفا . بل انه أحيانا كان هذا الاسلوب بداية انطلاق يقظة
وكفاح كما حدث في المغرب في السادس عشر من مايو عام ١٩٣٠ م يوم اعلان
فرنسا اقفال المحاكم الشرعية في البلاد البربرية فأخذت وفود قبائلهم تتوارد على
الرباط احتجاجا واعلانا لاستنكارها واصرارها على المطالبة بفتح المحاكم الشرعية
والعودة إلى الشريعة الاسلامية .

ومثله في مصر فتاريخها في هذا القرن هو صفحات من الصراع والجهد من
أجل التحاكم إلى شريعة الله . والامثلة من البلاد الاسلامية لا تعوز الدارس في كل
قطر من أقطاره .

وكان في حساب الحاكم الأجنبي اذ لم يفد العنف أن يلجأ إلى الاستدراج
والتدرج حينما يقدر أن هذا أنفع وأبلغ إلى الهدف .

وقد كانت كل بلاد الاسلام التي منيت بالحكم الأجنبي مسرحا لهذه المناورات
ومن هذا النمط من الأساليب جاء في القانون التونسي المغربي في عهد الاحتلال
في المادة ٧٨٠ من ظهير العقود والالتزامات المغربي على تحريم المقرض بالفائدة
على المسلمين ونصها .

« اشترط الفائدة بين المسلمين باطل ويؤدي إلى بطلان العقد الذي يتضمنه
سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أى نفع آخر للمقرض أو لأى شخص
غيره يتخذه وسيط له »

ولإذ تنص هذه المادة على تحريم الربا بين المسلمين إذا كان المتعاقدان مسلمين وإباحه فيما إذا لم يكونا مسلمين أو كان أحدهما غير مسلم وهذا ما صرحت به المادة ٨٧١ اذ تقول :

« وفي الحالات الأخرى لاستحق الفوائد إلا إذا كانت قد اشترطت كتابة »
وهنا التدرج والاستدراج . وحتى يألف الناس مثل هذا ويهضم المجتمع هذه الفكرة ويتقبلها يصبح هذا النوع من التعامل معروفا يجر إلى التجرد بالتعامل به حتى بين المسلمين المتعاقدين ولقد أثبت هذا الأسلوب فعالية فقد استساغ الناس هذه القوانين وتشبعت بها القلوب والعقول في مراكز القيادة وكان مفروضا أن تتخلص الأمة الاسلامية على اختلاف أقطارها من كل أثر سيء تركه النفوذ الأجنبي بينها وعلى أرضها ولكن الذى حدث أن ظهرت فئات تحمست لنظمه وقوانينه وأيدت أن تعيش فى ظلها وبذلك حققت أحلام الغزاة المغيرين وبرهن واقع هذه الفئة مهارتهم ونجاح مخططاتهم ويكاد يكون هذا مظهرا واضحا فى كافة الاقطار الاسلامية بعد بلوغها الاستقلال بل أحيانا ربما أوغلت قوانين هذه البلاد فى التجافى عن التشريع الاسلامي .

ومثلا لذلك وجدنا أن المستعمر الفرنسي فى تشريعه السابق فيما يختص بالربا يحمل فى طياته شيئا من التقدير أو بالأحرى الخوف والحذر من استفزاز الشعور الاسلامي وبين المغلوبين ولكن الذى حدث فى تلك البلاد بعد الاستقلال أن تبنت بعض الأجهزة الحاكمة والفئات المثقفة سياسة المستعمر فى اذابة ومحو فكرة الاحتكام إلى الفقه الاسلامي بدلا من العودة الثابتة اليه . وتحت تأثير دعواتها التحررية نفذت إلى تغيير البقية الباقية من آثار الفقه الاسلامي فى بعض النواحي التشريعية دون مراعاة للشعور الاسلامي أو وفاء للمبادئ التي كافحت من أجلها الشعوب الاسلامية . « فالمشروع التونسي مثلا عوضاً عن أن يلغى الامتياز المعطى للأجانب فى إباحة الربا لهم ، ويطبق الفصل ١٠٩٥ المانع للتعامل الربوى على جميع المقيمين فى تونس على اعتبار أنه المتفق مع الشريعة الاسلامية التي هى القانون الأصلية للدولة نسخ الفصل المذكور بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٩ وبذلك أصبح التعامل بالربا فى تونس مباحا بالنسبة للتونسيين والأجانب على السواء »

ويعلق الأستاذ علال الفاسي على ذلك بقوله : (١)

(ويظهر أن اتجاه الحكومة الحالية في المغرب سائر نحو هذه الغاية أيضا ، اى جعل الامتياز الأجنبي أساسا والقانون الاصلى استثناء يجب أن يلغى وذلك أثر الاستعمار الغربى فى نفوسنا .

وهكذا نرى مقاصد التشريع الاستعماري ساريا فى كل فصول القوانين التي وضعها الفرنسيون والتي أصبحنا نقدها ونعمل على تطبيقها على مواطنينا) (٢)

أما ما عرض له البروفسور كلسون فى الجزء الأخير من أن الفقه الاسلامى لم يضع خطة ثابتة يجرى عليها العمل حتى المستقبل البعيد المتطور فاللوم بالأحرى لا يتوجه إلى الفقه الاسلامى بل إلى الفقهاء أصالة . فالاسلام وضع خطة ثابتة وشرعة مستقرة والمسؤول عن تكييفها وتخطيط العمل الدائم على ضوءها فثتان الفقهاء أصحاب الفكر والحكام مالكو السلطان والنفوذ . والتطوير فى أحكام الأسرة هو بالفعل جزئى وحلول مؤقتة لمشاكل وأوضاع اجتماعية مستجدة جاء مجزأ على حسب ما يعرض من مشاكل وما يستجد من فلسفات . ونتيجة لذلك فان التشريع فى أحكام الأسرة فى اطار البلد الواحد يحمل ملامح متعددة وفلسفات مختلفة تحمل فى طياتها معنى التناقض والصراع الذى يعيشه المجتمع بين تراث هو جزء من كيانه وحاضر يعيشه فيه الكثير المستهجن والغريب .

وان اعادة الشريعة الاسلامية للمجال التطبيقي فى بلاد حكمتها قوانين أجنبية عشرات السنين ليس بالأمر السهل اذ لم يكن هذا فحسب بل سعى الحكم الأجنبي إلى خلق طبقة وجيل من تلك الأمة متحمسة لثقافته ولغته وقوانينه وباعد ما بينها وبين تراثها فعاشت تقاليده واستمرت أعرافه وعاداته فأصبح ما يربطهم بالاجني

١ - علال الفاسي : دفاع عن الشريعة من ٢٤١ ، ٢٤٢ .

٢ - المصدر نفسه من ٢٤١ ، ٢٤٢ .

أكثر مما يربطهم بترابهم وأمتهم .. خرج من بلادهم من باب واحد ثم عاد إليهم من كل باب . والعودة بالأمة إلى شريعتها والالتصاق بتراتها ليس عمل فئة معينة أو إصلاح جانب واحد بل أنها تتطلب العمل في جوانب متعددة في شكل متناسق وعمل متكامل بأسلوب محكم مدروس

تقتضي العودة توجيه السلوك العام نحو الوجهة الإسلامية الصحيحة وعرض حقائقه جزئية. وهو ككل في أسلوب يخاطب العقل ويعتمد على المنطق والحكمة مما يورث حصانة ومناعة فكرية . وفي مثل هذا الجو العام تبدو تعاليم الشريعة أليفة مألوفة من كل الأفراد وتكون هذه المجتمعات مثل التربة الصالحة التي لا تنبت الا طيبا ويبدأ المجتمع نفسه ينبذ كل ضار ويبعد عن كل ما يبعد به عن تراثه وأصالته .

وفي مثل هذه الأجواء يزدهر التشريع الاسلامي ويأخذ في النمو يواكب الحياة مراحلها وتطورها في اتجاه سليم ومن هذا العرض الموجز يبدو أن المشكلة اليوم التي تواجهنا ليست هي الجمود على التراث وانما هو الانطلاق اللامحدود والتغير السريع حتى أصبح التفكير في العودة إلى التشريع الاسلامي في صورته الصافية ضالة ينشدها المصلحون وينادى بها عقلاء الأمة والمفكرون .

